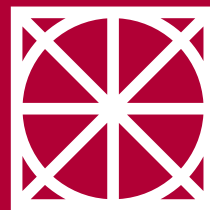


newsletter



# TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

JURÍDICO - LABORAL · Abril 2021

#04



# newsletter

JURÍDICO - LABORAL · Abril 2021

#04

**Santiago Blanes Mompó**  
Socio Área Laboral



**TOMARIAL**  
ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES



## INDICE

1. Los hijos de autónomo menores de 30 años pueden acceder a la prestación de desempleo.....	5
2. Sistema de retribución variable: ¿cuándo puede modificarse unilateralmente?.....	6
3. Se refuerza la protección de los trabajadores desplazados.....	7
4. Distribución irregular de la jornada: se puede impugnar aunque haya transcurrido más de un año desde su implantación.....	10
5. Teletrabajo: el infarto de un trabajador ocurrido en su domicilio es AT.....	11
6. Derogado el delito de coacción a la huelga.....	12
7. El TSJ Galicia declara nulo un despido al apreciar discriminación por apariencia de discapacidad.....	13
8. El teletrabajo durante el estado de alarma no justifica la imposición de la jornada intensiva suprimiendo el ticket comida.....	14
9. Viajes de empresa y COVID-19: ¿es causa de despido negarse a realizarlos?.....	15
10. Nuevo Criterio Técnico de la ITSS sobre actuaciones en riesgos psicosociales.....	16
11. Registro salarial: publicada la nueva herramienta de igualdad retributiva (IR!).....	18
12. Aplicar el registro horario no puede justificar una modificación en la jornada de los trabajadores.....	19
13. Horas extraordinarias. ¿Cómo se compensan con descanso si el trabajador está en situación de IT?.....	21
14. Reclamación del IRPF aplicable a una indemnización neta pactada: ¿qué jurisdicción es la competente?.....	22
15. La AN reitera que el descuelgue del convenio colectivo puede adoptarse en un ERTE.....	23
16. Publicada la L 3/2021, resultado de la tramitación parlamentaria del RDL 9/2020 de medidas de protección al empleo.....	24
17. ¿En qué condiciones se debe encontrar el trabajador en situación de guardia localizada?.....	25

18. Declaración de discapacidad por dolencias congénitas: ¿cuál es la fecha de efectos? .....	27
19. 14-4-2021: finaliza el plazo para adaptar el registro retributivo de las empresas .....	29
20. Los afectados por ERTE pueden fraccionar el pago del IRPF .....	31
21. ¿Cómo afecta la subida del IPREM a la prestación de desempleo por ERTE-COVID? .....	32
22. Cese de actividad. ¿Es causa de acceso el fin del contrato de alquiler del local comercial?.....	33
23. El derecho a la no discriminación por razón de discapacidad comprende el derecho a ajustes razonables en el puesto de trabajo .....	34

## 1. Los hijos de autónomo menores de 30 años pueden acceder a la prestación de desempleo

STSUD 24-3-21

### Resumen

El TS reitera que los hijos menores de 30 años contratados por su progenitor, con el que no conviven, no están excluidos del campo de aplicación del ET, lo que determina que puedan acceder a la prestación de desempleo.

### Desarrollo

Un trabajador menor de 30 años solicita, el 10-6-2014, la reanudación de la prestación de desempleo que inició en 4-7-2012 como consecuencia de un ERE suspensivo. El SEPE deniega la prestación al considerar que las cotizaciones que sirvieron de base para la aprobación de la prestación no pueden tenerse en cuenta puesto que estaba contratado por su padre siendo este trabajador autónomo con el que convivía hasta que, en febrero de 2009, se empadronó en su propio domicilio.

El trabajador presenta demanda de desempleo que es estimada en primera instancia pero revocada en suplicación.

Por ello recurre en casación para la unificación de doctrina al considerar vulnerada la disp. adic. 10ª de la LETA (L 20/2007) que establece que “los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la protección por desempleo”.

El TS, acogiendo los razonamientos ya expuestos en la sentencia de 12-11-19, interpreta la disp. adic. 10ª de la LETA en los siguientes términos:

La interpretación literal de la norma lleva a entender que la exclusión de la prestación de desempleo se refiere únicamente a los menores de 30 años cuando concurra la circunstancia de que convivan con el trabajador autónomo. La interpretación contraria, entendiendo excluidos todos los menores de 30 años, conduciría a establecer un trato desigual entre los hijos contratados por el trabajador autónomo como trabajadores por cuenta ajena, sin que la edad –mayor o menor de 30 años- constituya una razón justificativa de la diferencia de trato. Por el contrario, sí permite justificar la diferencia de trato, el que el hijo conviva o no con su progenitor empleador, ya que constituye un indicio de dependencia económica.

Además, aunque haya sido contratado por su progenitor, el hijo no conviviente no está excluido del ámbito de aplicación del ET (ET art.1.3. e). En el mismo sentido, la LGSS art.7 niega únicamente la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, a los parientes del empresario hasta el 2º grado inclusive ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

En el caso analizado concurren, por lo tanto, las circunstancias que posibilitan acceder a la prestación de desempleo denegada ya que se trata de un menor de 30 años contratado por su progenitor afiliado al RETA, con el que no convive, por lo que no está excluido del ámbito de aplicación del ET.

Por ello, el TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina reconociendo el derecho del trabajador a la prestación de desempleo.

## 2. Sistema de retribución variable: ¿cuándo puede modificarse unilateralmente?

TS unif doctrina 26-3-21

### Resumen

El TS declara lícita la modificación realizada por la empresa en el sistema de incentivos cuando este no tiene la consideración de derecho consolidado y, además, ha sido modificado unilateralmente en varias ocasiones desde su implantación. La modificación forma parte del poder de dirección empresarial y no puede calificarse como sustancial.

### Desarrollo

Los trabajadores de la empresa, dedicada a prestar servicios de telemarketing para una empresa de telecomunicaciones, vienen recibiendo desde 2014 una serie de incentivos con la consideración de que no generan derecho consolidados a favor de los trabajadores.

El sistema consta de dos programas a través de los cuales los trabajadores perciben comisiones por el alta en determinados productos. Desde su implantación, la empresa ha venido modificando unilateralmente la configuración de los incentivos. En 2017, la empresa modifica el sistema de cálculo de los incentivos y la representación de los trabajadores presentan demanda de MSCT solicitando que se declare la nulidad de la decisión empresarial por injustificada. La demanda se desestima en la instancia al no considerar acreditado el carácter sustancial de la modificación, por no tratarse de un derecho consolidado permanente y vinculante para la empresa. Por el contrario, se estima en suplicación y la representación de la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS.

La cuestión que se debate consiste en determinar si existe una modificación sustancial de condiciones de trabajo y, en su caso, la calificación que corresponde, a la decisión empresarial por la que se altera el régimen del sistema de incentivos.

Para resolver la cuestión, el TS recuerda su doctrina sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que entiende que es la que altera y transforma los aspectos fundamentales de la relación laboral- entre ellas, las condiciones del ET art.41.2-. Por el contrario, establece que la modificación no tiene el carácter de sustancial cuando se trata de simples modificaciones accidentales, que son manifestaciones del poder de dirección y del ius variandi empresarial. Asimismo, para valorar el carácter sustancial o no ha de valorarse la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de estas circunstancias dependerá su calificación como sustancial o accidental, pudiendo la empresa variar discrecionalmente las condiciones de trabajo, cuando el cambio no sea sustancial y forme parte del poder de dirección empresarial, entendido como poder de concreción de la prestación laboral.

En el supuesto enjuiciado la empresa estableció, en 2014, un sistema de incentivos que ha ido variando con los años, al no fijarse como inmodificable o consolidado a favor de los trabajadores y que no procede de un pacto o acuerdo individual o colectivo con los trabajadores.



Por ello, el TS considera que no es posible calificar de sustancial la modificación unilateral realizada en el sistema de incentivos, porque se está partiendo de una alteración que es de plena competencia de la empresa en tanto que así lo ha venido realizando al no implantar un sistema invariable o consolidable. Considera el TS que no desvirtúa esta conclusión el que sea un complemento salarial que pueda estar integrado en las condiciones de trabajo del ET art.41, ya que se trata de un sistema de incentivos que fue implantado por la empresa, sin origen en pacto colectivo o individual, y que no tiene carácter consolidado.

Por todo ello, se estima el recurso casando y anulando la sentencia impugnada y, resolviendo el debate planteado en suplicación, confirmando el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

### **3. Se refuerza la protección de los trabajadores desplazados**

RDL 7/2021, BOE 28-4-21

#### **Resumen**

Se ha publicado el RDL 7/2021 que transpone la directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales. La norma obliga a aplicar la mayor parte de la legislación laboral en los desplazamientos superiores a 12 meses y establece el principio de igualdad de remuneración y de trato entre personas trabajadoras desplazadas cedidas por ETT y las de la empresa usuaria del Estado de acogida.

#### **Desarrollo**

Transposición de la Dir (UE) 2018/957

Con vigencia desde el 29-4-2021 se ha publicado el RDL 7/2021, mediante el cual se transponen determinadas directivas al ordenamiento interno. Entre ellas, la Dir (UE) 2018/957 que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de personas en el marco de una prestación de servicios.

A tal efecto, el RDL modifica determinadas disposiciones para trasponer de la directiva al derecho interno. Las modificaciones incluidas son las siguientes:

#### **Empresas de trabajo temporal**

- a) Se obliga a las empresas usuarias que envíen las personas trabajadoras que le sean cedidas por las ETTs a otro Estado miembro de la UE o del EEE a indicar en el contrato de puesta a disposición las fechas estimadas de inicio y finalización del envío y a informar sobre del envío a la ETT con antelación suficiente para que esta pueda comunicar el desplazamiento al otro Estado. Igualmente, las empresas usuarias establecidas en otros Estados de UE o EEE que envíen a las personas trabajadoras que le sean cedidas por ETT a España deben informar a la ETT sobre el inicio del envío con tiempo suficiente para esta pueda comunicar el desplazamiento a las autoridades españolas.

- b) Se garantiza que personas trabajadoras de las ETTs que sean enviadas temporalmente por las empresas usuarias para prestar servicios en el marco de una prestación de servicios transnacional, tengan las condiciones de trabajo del estado de acogida y a cumplir con las obligaciones previstas en dicho Estado. Todo ello, sin perjuicio de las obligaciones de las empresas usuarias.
- c) Se obliga a las ETTs a comunicar la autoridad laboral competente los desplazamientos incluyendo, además de la información establecida con carácter general en los desplazamientos:
- La identificación de la empresa usuaria extranjera que envía a la persona trabajadora a España.
  - La determinación de la prestación de servicios que las personas trabajadoras desplazadas van a desarrollar en España.
- d) Tanto las ETTs como las empresas usuarias deben garantizar a las personas trabajadoras desplazadas las mismas condiciones de trabajo y en particular la aplicación de la LPRL art.28.5 (responsabilidad de la empresa usuaria en relación con la PRL) sin perjuicio de la aplicación de condiciones de trabajo más favorables previstas en el contrato de trabajo, el convenio colectivo o en la legislación laboral del Estado de establecimiento o en el que ejerce su actividad la empresa usuaria que envía a la persona trabajadora temporalmente a España.

### Condiciones laborales de los trabajadores desplazados

- a) Se añade que los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, deben garantizar a estos trabajadores las condiciones de legislación laboral española relativas a:
- Condiciones de cesión de personas trabajadoras incluidas las previstas en los desplazamientos de las ETTs.
  - Condiciones de alojamiento de las personas trabajadoras, cuando el empleador se lo proporcione a personas trabajadoras que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual.
  - Las dietas o los reembolsos para cubrir los gastos de viaje, alojamiento y manutención en que incurran las personas trabajadoras desplazadas.
- b) Se establece que cuando el desplazamiento sea superior a 12 meses (o 18 meses en caso de notificación motivada de la prórroga), las empresas, además de las condiciones de trabajo, deben garantizar a sus personas trabajadoras desplazadas el resto de condiciones de trabajo previstas en la legislación del país de desplazamiento, con excepción de:
- Los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia.
  - Los regímenes complementarios de jubilación.

El cómputo del desplazamiento no se interrumpe por el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas y en caso de otras interrupciones breves tales como otros descansos o los permisos retribuidos.

Estos límites temporales (12 o 18 meses) se aplicarán a las personas trabajadoras que sean desplazadas a España a partir del 29-4-2021. Para las que en esa fecha ya se encontraran desplazadas en España, estos plazos se aplicarán transcurridos 6 meses desde la misma, comenzando el cómputo del plazo máximo del desplazamiento desde la fecha en que el mismo tuvo lugar.

- c) Cuando ni el contrato de trabajo ni las disposiciones aplicables a la relación laboral indiquen si los elementos del complemento específico por desplazamiento se abonan en concepto de reembolso de gastos o como parte de la remuneración debe considerarse que la totalidad del complemento se abona en concepto de reembolso de gastos.
- d) Cuando tras una evaluación global, se comprueba que una empresa está creando, de manera indebida o fraudulenta, la impresión de una prestación transnacional de servicios, la persona trabajadora tiene derecho a la aplicación de la legislación española de trabajo y seguridad social, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden que puedan exigirse a la empresa. En ningún caso, se le pueden aplicar condiciones menos favorables que las aplicables a las personas trabajadoras desplazados.
- g) Se amplía la cooperación con las AAPP de otros Estados en materia de inspección e información a los casos transnacionales de trabajo no declarado y de trabajo autónomo ficticio relacionados con el desplazamiento de personas trabajadoras. En caso de que la autoridad receptora competente y la ITSS reciban una solicitud de información sobre desplazamientos de personas trabajadoras por empresas establecidas en España por parte de la autoridad o el organismo competente del Estado miembro a cuyo territorio se ha desplazado la persona trabajadora para ejecutar su trabajo y no posea la misma, debe recabarla de otras autoridades u organismos.

### **Infracciones y sanciones e ITSS**

- a) La regulación de las infracciones graves y muy graves en materia de ETT establecidas en otros estados miembros de la UE o del EEE pasan a regularse por la LISOS, derogándose los correspondientes artículos de la LETT (art.25 y 27).
- b) Se establece que la reincidencia de las ETTs establecidas en otros estados miembros de la UE y del EEE en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves (LISOS art. 19bis.2) puede suponer la prohibición durante un año de la puesta a disposición de personas trabajadoras a empresas usuarias establecidas o que ejerzan su actividad en España. Si esta sanción se impone en dos ocasiones la prohibición por tiempo indefinido.
- c) El procedimiento sancionador cuando se trate de empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus personas trabajadoras a otro estado miembro de la UE o EEE también puede iniciarse de oficio el procedimiento sancionador mediante acta de la ITSS en virtud por actuaciones derivadas de comunicación de las AAPP a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo.
- d) Se refuerza la labor de la inspección de trabajo ya que se prevé la posibilidad de que los inspectores de Trabajo y Seguridad Social sean acompañados en sus visitas por expertos de otros estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, de la Autoridad Laboral Europea u otros habilitados oficialmente.

No obstante su entrada en vigor, estas disposiciones no se aplicaran al sector del transporte por carretera hasta la entrada en vigor y en los términos previstos en la normativa española de transposición de la Directiva (UE) 2020/1057 por la que se fijan normas específicas para el sector del transporte por carretera. Hasta entonces este sector seguirá rigiéndose por la normativa en materia de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, en la redacción anterior al RDL 7/2021.

## **4. Distribución irregular de la jornada: se puede impugnar aunque haya transcurrido más de un año desde su implantación**

STSUD 23-3-21

### **Resumen**

Las medidas empresariales que afectan a las condiciones de trabajo pueden ser impugnadas mientras produzcan efectos, sin que pueda sostenerse que el plazo de prescripción para reclamar prescribe al año desde que se adoptó la decisión. Por lo tanto, no está prescrita la acción contra la medida de distribución irregular de jornada implantada unilateralmente por la empresa que sigue aplicándose cuando se presenta la demanda, más de un año después.

### **Desarrollo**

Tras un proceso de negociación que finaliza sin acuerdo la empresa decide unilateralmente, el 15-6-2015, implantar una distribución irregular de la jornada. El 21-7-2017, encontrándose aún vigente la medida empresarial, la representación sindical presenta papeleta de conciliación que finaliza sin acuerdo. Por ello, y continuando vigente la medida empresarial, presenta demanda de conflicto colectivo que es estimada por la sentencia de suplicación declarando la medida no ajustada a derecho. La empresa recurre en casación para la unificación de doctrina alegando prescripción de la acción. Denuncia como infringidos los art.59 ET y 1969 CC que establecen que, con carácter general, las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, prescriben al año de su terminación y que el tiempo para la prescripción, cuando no haya disposición especial que determine otra cosa, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

La cuestión que se plantea consiste en decidir si la acción de conflicto colectivo interpuesta por la representación sindical de los trabajadores está o no prescrita cuando ha transcurrido más de un año desde la implantación de la distribución irregular de la jornada pero continúa vigente en el momento de plantear la demanda.

El TS proyecta al caso analizado su doctrina sobre la prescripción de las obligaciones de contrato sucesivo aunque no se trate, en sentido estricto, de una de ellas. Señala que las acciones dirigidas a conseguir la declaración de ilegalidad de una medida empresarial que afecta a las condiciones de trabajo pueden ser combatidas mientras produzcan efectos. Desde el mo-

mento en que el empresario impuso la distribución irregular de la jornada, la representación sindical pudo reaccionar, pero no es posible mantener que la prescripción comenzó a correr en ese mismo momento. Antes al contrario, el hecho de que la medida se haya prolongado en el tiempo permite que la reclamación pueda efectuarse mientras los efectos sigan vigentes y en aplicación. Sostener lo contrario sería tanto como mantener que el transcurso del tiempo convierte una medida ilegal en legal.

Por ello, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia recurrida que declara firme.

## 5. Teletrabajo: el infarto de un trabajador ocurrido en su domicilio es AT

STSJ País Vasco 15-9-20

### Resumen

El TSJ País Vasco considera que es AT el infarto de un trabajador que prestaba parte de sus servicios en su domicilio al haberse producido en tiempo y en el lugar de trabajo. No impide esta calificación el que la actividad que realizaba en su domicilio no fuese la preponderante.

### Desarrollo

El trabajador prestaba servicios como comercial atendiendo a la cartera de clientes de su zona. En cuanto que la empresa no contaba con un centro u oficina física en la zona, el trabajador se encargaba de contactar, gestionar y realizar visitas programadas a los clientes de su zona desde su domicilio, utilizando los materiales puestos a su disposición por la empresa (material informático, el teléfono móvil y el vehículo). Aunque el horario general de la empresa era de 8:00 a 17:00, el trabajador desempeñaba sus servicios con flexibilidad horaria.

El 2-4-2019, sobre las 8:30 de la mañana, mientras salía de su domicilio para visitar a un cliente sufre un infarto de miocardio a consecuencia del cual fallece. El trabajador tenía antecedentes de tabaquismo, obesidad y tenía programado cateterismo para marzo 2019.

La Mutua con la que la empresa tenía cubiertas sus contingencias profesionales considera que el fallecimiento se ha producido por contingencias comunes, por lo que la viuda presenta demanda de seguridad Social, solicitando que se declare que el causante falleció como consecuencia de un AT y que se reconozca la pensión de viudedad con las consecuencias económicas derivadas de dichas contingencias. La demanda es desestimada en la instancia y la viuda interpone recurso de suplicación ante el TSJ.

La cuestión que se debate consiste en determinar si el infarto sufrido por un trabajador que realizaba una parte de sus labores en su domicilio constituye o no AT.

El TSJ recuerda que la LGSS art. 156.3 establece que, salvo prueba en contrario, son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el

lugar del trabajo. En el supuesto enjuiciado el fallecimiento se produjo sobre las 8:30 en tiempo de trabajo cuando estaba en su domicilio en el que realizaba los trabajos administrativos relacionados con su labor comercial. Por tanto, lo que se produjo fue un hecho súbito que se desencadena en tiempo y lugar de trabajo, por lo que se aplica la presunción de AT que la mutua no ha conseguido desvirtuar.

En cuanto que el trabajador realizaba parte de su actividad laboral en su propio domicilio y que el infarto se ha producido en el tiempo de trabajo, el TSJ concluye que se encontraba realizando alguno de los cometidos administrativos que formaban parte de su prestación de servicios, y califica el fallecimiento como un AT.

No impide esta calificación, el que la actividad realizada en su domicilio no fuese la preponderante para configurar la prestación como trabajo a distancia. Tampoco excluye la calificación el que el trabajador presentase antecedentes cardiacos o que no hubiese presentado síntomas con anterioridad, ya que el fallecimiento se produjo en tiempo y lugar de trabajo. Asimismo, el TSJ considera que esta conclusión se ajusta a la jurisprudencia del TS en materia de accidentes cardiacos-cerebrales (TS 8-3-16, rec. 726/2013).

Por todo lo expuesto, se estima el recurso y se revoca la sentencia del juzgado de lo social.

## 6. Derogado el delito de coacción a la huelga

LO 5/2021, BOE 23-4-21

### Resumen

Con vigencia a partir del 24-4-2021 queda suprimido el apartado 3 del artículo 315 del Código de Penal que castiga con pena de prisión de hasta 3 años o multa de hasta 24 meses a quienes coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.

### Desarrollo

La LO 5/2021 suprime, con vigencia a partir del 24-4-2021, el apartado 3 del art.315 del Código Penal que establece que quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de 1 año y 9 meses hasta 3 años o con la pena de multa de 18 a 24 meses.

Se deroga, así, la forma agravada de coacciones toda vez que el genérico delito de coacciones (CP art.172.1) ya protege de manera adecuada la libertad de no hacer huelga.

La norma incluye una disposición transitoria por la que se encomienda a los jueces o tribunales la revisión de las sentencias firmes dictadas de conformidad con la legislación que se deroga.

## 7. El TSJ Galicia declara nulo un despido al apreciar discriminación por apariencia de discapacidad

STSJ Galicia 14-4-21

### Resumen

El TSJ considera que la empresa ha vulnerado la prohibición de discriminar por apariencia de discapacidad al despedir a un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral, tras haberlo visitado en el hospital y comprobar que, aparentemente, sus lesiones no se curarían a corto plazo. El trabajador fue discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el empresario creía que tenía, con independencia de que la tuviera o no.

### Desarrollo

El trabajador, que venía prestando servicios para la empresa como conductor-repartidor, sufre un accidente al ser atropellado por un vehículo que lo lanzó contra la calzada, mientras se encontraba realizando su trabajo. Como consecuencia de este accidente, es ingresado en un centro hospitalario que avisa a la empresa, recibiendo la visita del empresario. Tras la visita, la empresa cursa la baja del trabajador en la Seguridad Social. El trabajador permaneció ingresado durante 5 días, transcurridos los cuales fue dado de alta con lesiones leves.

El trabajador considera que la causa del despido ha sido la duración indeterminada del proceso curativo, que supone la existencia de una discapacidad duradera. Por ello, presenta demanda solicitando su nulidad por discriminatorio. Al considerar el carácter leve de las lesiones y la no existencia de enfermedad duradera, el despido se declara improcedente en la instancia, por lo que el trabajador presenta recurso de suplicación ante el TSJ.

Para resolver la cuestión, el TSJ señala no ha de tomarse en consideración la situación producida con posterioridad a la fecha del despido (resultado final de las lesiones) sino el momento en el que se produjo el despido, que acaeció en el mismo día del accidente de tráfico (hecho presuntamente discriminatorio).

Para el TSJ, el atropello del trabajador produjo una apariencia razonable de incapacidad que el empresario pudo apreciar de propia mano al acudir al hospital a interesarse por la salud del trabajador el mismo día del accidente. Al asociar esta apariencia de discapacidad duradera con la actuación del empresario dando de baja al trabajador tras su accidente constatando una fuerte conexión temporal entre ambas, que hace que el TSJ concluya que existe una asociación entre apariencia de discapacidad y el despido, más cuando no se ha acreditado de hechos que pudiesen acreditar una falta de diligencia previa en la prestación de servicios

Por ello considera que se ha producido una discriminación por apariencia por motivo de discapacidad, regulada en la Dir 2000/78/CE art.2.2 y que aprecia la existencia de discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por determinados motivos, entre ellos, la discapacidad. A diferencia del derecho interno, el derecho de la UE no exige que el sujeto tenga la discapacidad, únicamente exige que sea discriminado por razón de discapacidad. Es decir, en el caso de discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a

una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tenga una discapacidad.

Por todo ello, el TSJ concluye que ha existido discriminación y estima el recurso, revocando la sentencia de instancia que debe declarar la nulidad del despido.

## **8. El teletrabajo durante el estado de alarma no justifica la imposición de la jornada intensiva suprimiendo el ticket comida**

**SAN 18-3-21**

### **Resumen**

El cambio del régimen de jornada partida a jornada intensiva, con la consiguiente supresión del ticket comedor, es una modificación sustancial de condiciones de trabajo que exige, para su adopción, que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y un procedimiento específico. No justifican esta modificación las especiales circunstancias derivadas del COVID-19 por la declaración del estado de alarma y el cambio del sistema de trabajo a teletrabajo.

### **Desarrollo**

Tras la declaración, el 14-3-2020, del estado de alarma para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, la empresa inicia un procedimiento para llevar a cabo una modificación urgente y excepcional de horarios, turnos de trabajo y medidas de organización del trabajo. Finalizado el período de consultas sin acuerdo, la empresa comunica a los trabajadores que pasaron a desarrollar el trabajo a distancia, que este se va a desarrollar en régimen de jornada continuada con el objeto de facilitar la conciliación. Comunica, además, la supresión del ticket comedor al considerar que ya no va a existir un gasto por este concepto. La representación sindical presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare injustificada la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo que se ha llevado a cabo por la empresa.

La AN recuerda que la empresa no goza de una potestad completa, ilimitada y discrecionalidad que le permita en cualquier caso modificar las condiciones laborales de sus trabajadores. Se trata de una facultad ejercitable únicamente cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y la adopción de las medidas modificativas pueda coadyuvar de manera real a mejorar o favorecer la posición de la empresa en el mercado (ET art.41). En definitiva, la modificación sustancial de condiciones de trabajo no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial sino una medida racional para corregir deficiencias en los planos económicos, productivos, técnicos u organizativos. En el caso analizado, en ningún momento se alegó la concurrencia de causa alguna salvo las especiales circunstancias derivadas del COVID-19 por la declaración del estado de



alarma, pero el hecho de modificar la forma de realizar el trabajo, al que la representación sindical no se opuso, no permite que se realice ninguna otra modificación.

Aceptado el teletrabajo, se mantienen la actividad y la producción. Por lo tanto, la concentración de la jornada en 8 horas continuadas suprimiendo la hora de descanso y a la vez el ticket no responde a ninguna de las causas objetivas. Según la empresa, la supresión del descanso justifica la supresión del ticket; es decir, se suprime la hora de descanso para justificar la supresión del ticket. Ahora bien, ni una ni otra supresión está justificada en causa objetiva alguna.

Teniendo en cuenta la situación excepcional derivada de la declaración de alarma, la única medida ajustada es la de teletrabajo pero no existe justificación alguna ni la empresa ha probado que exista ninguna de las causas necesarias para considerar justificada la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Por lo tanto, no procede ni la supresión del ticket comida ni la jornada continuada de 8 horas.

Por ello, la AN estima la demanda y declara la nulidad de la decisión de modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, condenando a la empresa a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de jornada y entrega de tickets de comida así como a compensarles por la supresión del descanso equivalente a las horas no descansadas a razón de 15 minutos por día efectivo de trabajo.

## **9. Viajes de empresa y COVID-19: ¿es causa de despido negarse a realizarlos?**

STSJ Galicia 1-2-21

### **Resumen**

A pesar de que el trabajador no manifestó que era un paciente de riesgo sobre el COVID-19, el TSJ confirma la improcedencia del despido disciplinario tras negarse a no realizar un viaje de trabajo al no considerarlo un incumplimiento grave, injustificado y trascendente del trabajador.

### **Desarrollo**

Una empresa de transporte comunica a unos de sus trabajadores, que presta sus servicios como conductor, que debe realizar un transporte internacional. El trabajador se niega a realizar el servicio, alegando que no forma parte de sus cometidos. Como consecuencia de su negativa y al considerar que se trata de una falta muy grave, el 20-4-2020, la empresa procede a su despido disciplinario. El actor está diagnosticado de enfermedad pulmonar obstructiva crónica con patrón mixto y reagudizaciones en alguna ocasión, cuestión que era desconocida por la empresa. Un día antes del despido el trabajador había iniciado por esta causa una baja por IT.

El trabajador reclama contra el despido que se declara improcedente en la instancia al considerar justificada la negativa. La empresa considera que causa real que su negativa- formar parte de uno de los grupos de riesgo del COVID-19 – no fue conocida hasta varios meses más tarde, cuando ya se había producido el despido y esa justificación posterior no desvirtúa los hechos. Por ello, interpone recurso de suplicación solicitando que se declare la procedencia del despido.

EL TSJ expone que la negativa a realizar el viaje constituye una falta de desobediencia muy grave (ET art.54.2b). Y señala que, aunque la desobediencia ha existido, esta resulta desvirtuada en atención a que el actor era un paciente de riesgo por COVID-19. El que el trabajador haya omitido la información que justificaría la no realización del viaje en el momento en el que la empresa da la orden denota una falta de desobediencia. pero las circunstancias anteriores gradúan la gravedad en la conducta del trabajador en cuanto a los requisitos que tiene que reunir la desobediencia; esto es, grave, injustificada y trascendente.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la improcedencia del despido.

## 10. Nuevo Criterio Técnico de la ITSS sobre actuaciones en riesgos psicosociales

ITSS Criterio técnico 104/2021

### Resumen

La ITSS ha publicado un nuevo Criterio Técnico sobre actuaciones en riesgos psicosociales por el que se actualizan los criterios hasta ahora utilizados. Tras exponer las particularidades de la gestión de estos riesgos y las obligaciones de la empresa en la materia, el Criterio recoge las medidas que pueden adoptar los inspectores actuantes estructuradas en torno a las 3 actuaciones inspectoras más frecuentes: control de la gestión preventiva, protección de los trabajadores ante la exposición a riesgos psicosociales y control de medidas de protección por los daños a la salud debidos a la exposición a estos riesgos.

### Desarrollo

El Criterio Técnico expone las particularidades de la gestión de los riesgos psicosociales y recoge las obligaciones de la empresa en la materia y la forma en que deben llevarse a cabo. El Criterio se estructura en torno a las 3 actuaciones inspectoras más frecuentes en esta materia:

1. Control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales. La ITSS supervisa el método o procedimiento de evaluación elegido por la empresa. Las actuaciones preventivas de la ITSS pueden tener su origen con motivo de campañas de prevención de riesgos psicosociales; por denuncia específica de los trabajadores de falta de evaluación de los riesgos psicosociales, o por propia iniciativa. El desarrollo de la actuación inspectora se puede producir en una o varias fases en función del grado de cumplimiento de las obligaciones legales por la empresa:

- a) Si la empresa no ha llevado a cabo la evaluación de riesgos o está desfasada o presenta deficiencias: la ITSS efectuará un requerimiento. Previamente tomará datos sobre si los encargados de la prevención tienen la capacitación suficiente para realizar la evaluación; los grupos de trabajadores que pueden constituir una unidad de análisis en la evaluación; y la posible exposición de algunos trabajadores a riesgos psicosociales específicos (violencia de terceros, trabajos solitarios, teletrabajo o actividades de conexión permanente, exposición a fatiga informática y si la empresa ha elaborado una política interna sobre desconexión).
- b) Si la empresa ha realizado la evaluación, la ITSS verifica su calidad valorando los siguientes aspectos:
  - Si la dirección de la empresa ha estado implicada en la evaluación.
  - Si el evaluador reúne la cualificación necesaria.
  - Si abarca a todos los trabajadores.
  - Si se ha consultado a todos los trabajadores sobre su percepción de los factores psicosociales mediante cuestionarios, entrevistas, etc..
  - Si se estructura por unidades de análisis homogéneas.
  - Si se han contemplado todos los factores de riesgo psicosocial presentes en la actividad de la empresa.
  - Si los factores de riesgo identificados han sido valorados según su gravedad.
  - Si se han adoptado medidas preventivas o se ha planificado su aplicación.
  - Si se ha previsto o efectuado un seguimiento y control de eficacia de las medidas.
  - Si los trabajadores han sido informados y formados sobre los riesgos que deben afrontar en su trabajo.
  - Si se ha efectuado la consulta y participación de los delegados de prevención.

Si el inspector tiene dudas razonables de que la evaluación haya identificado y evaluado correctamente los factores de riesgo psicosocial, puede realizar entrevistas directamente a los trabajadores afectados o a sus representantes legales. Si observa deficiencias en la gestión de la prevención de riesgos psicosociales, emitirá requerimiento de subsanación y, en caso de incumplimiento absoluto de todas las obligaciones de gestión, iniciará procedimiento sancionador.

2. Protección de los trabajadores ante la exposición a riesgos psicosociales. Los inspectores deben comprobar los hechos y determinar el tipo de situación que se produce, siendo las más típicas: estrés laboral sin vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad de uno o varios trabajadores; violencia y acoso en el trabajo; estrés laboral relativos a la ordenación del tiempo de trabajo y la desconexión digital; estrés no ligado al trabajo. Las medidas que puede adoptar el inspector actuante son:
  - Realizar un requerimiento de medidas preventivas.
  - Extender acta de infracción por los hechos constatados y comunicar su contenido al Ministerio Fiscal si se aprecia la posible concurrencia de hechos presuntamente delictivos.
  - Realizar funciones de asistencia técnica y de conciliación, mediación y arbitraje.

- Ordenar la paralización de las actividades del trabajador si comprueba que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. La orden debe describir los trabajos que supongan un riesgo grave e inminente para la salud del trabajador y la advertencia de que tienen efectos hasta que no cese dicha situación.
  - Informar a la persona interesada de que un órgano de la jurisdicción social puede dictar medidas cautelares como: suspensión de la relación o exoneración de prestación de servicios. el traslado de puesto o centro de trabajo. la reordenación o reducción del tiempo de trabajo, etc.
3. Control de medidas de protección por los daños a la salud debidos a la exposición a riesgos psicosociales. El Criterio recoge las actuaciones inspectoras ante supuestos en que la salud del trabajador ha sido dañada como consecuencia de la exposición a riesgos psicosociales dando lugar a trastornos emocionales, cognitivos, fisiológicos o conductuales. Las medidas resultantes de la acción inspectora son las siguientes:
- Informe al INSS, a petición de la entidad gestora o de oficio, sobre la relación de causalidad entre factores de riesgo psicosocial presentes en el trabajo y la enfermedad que sufre el trabajador a efectos de su consideración como accidente de trabajo.
  - Investigación de los accidentes de trabajo motivados por riesgos psicosociales y propuesta de recargo de prestaciones de Seguridad Social.
  - En caso de comprobar la ausencia de medidas preventivas que hubieran podido motivar un accidente de trabajo, se puede iniciar un expediente sancionador en el orden social y proponer recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

**NOTA.** Se mantienen vigentes el Criterio Técnico 69/2009 sobre acoso y violencia en el trabajo, en lo que no se oponga al nuevo criterio, y el Criterio Técnico 87/2011 sobre prevención del riesgo de atraco en lugares de trabajo.

## 11. Registro salarial: publicada la nueva herramienta de igualdad retributiva (IR!)

### Resumen

Se ha publicado la nueva herramienta de igualdad salarial (IR!) que incorpora un modelo de registro retributivo para permitir que las empresas cumplan con la obligación de su elaboración, cumpliendo las exigencias del reglamento de igualdad retributiva (RD 902/2020). La nueva herramienta, cuya utilización es voluntaria, ha sido consensuada con los agentes sociales.

### Desarrollo

El 14-4-2021 entró vigor el RD 902/2020 que ha establecido la obligación de implementar un Registro retributivo que incluya los valores medios de los salarios, los complementos salaria-

les y las percepciones extrasalariales de toda la plantilla (incluido el personal directiva u los altos cargos) desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo de igual valor. Para ello, se debe establecer la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo o categoría profesional, nivel o puesto. A su vez, esta información debe estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución (salario base, cada uno de los complementos salariales y cada una de las retribuciones extrasalariales). Este registro:

- Debe reflejar, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional.
- Cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de los trabajadores de un sexo sea superior en, al menos, un 25% a las del otro, debe incluir la justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo.

Para cumplir con esta obligación se ha puesto en la disposición de las empresas de en la páginas web tanto del MTES como del Ministerio de Igualdad una herramienta de igualdad retributiva que incorpora un modelo voluntario de registro retributivo. La herramienta ha sido acordada en sus diferentes apartados con las organizaciones sindicales y patronales y elaborada de manera conjunta por ambos ministerios.

La herramienta consiste en un libro de excel organizado en diferentes hojas, a las que se puede acceder haciendo clic en la pestaña inferior correspondiente, o bien navegando haciendo uso de los siguientes botones: Campos; Conceptos retributivos; Datos; Agrupaciones; Contratos y Registro retributivo.

Incluye tablas aplicables a todas las empresas y otras adicionales para las empresas obligadas a realizar auditoría retributiva (empresas obligadas a implementar un plan de igualdad).

Se acompaña de una guía de uso con las indicaciones necesarias para poder rellenar el fichero adecuadamente con los datos de la plantilla y posteriormente obtener a través de sus cálculos automatizados y tablas dinámicas los resultados de manera fácil.

## **12. Aplicar el registro horario no puede justificar una modificación en la jornada de los trabajadores**

STSJ Galicia 29-12-20

### **Resumen**

El TSJ Galicia declara nula la decisión empresarial de eliminar el horario reducido los días 24 y 31 de diciembre tras la implantación del registro de jornada. El que la reducción horaria no está prevista en los acuerdos colectivos y que haya sido autorizada por personas no competentes para ello no impide que se trate de una CMB (condición más beneficiosa).

## Desarrollo

Con carácter tradicional desde hace más de 20 años, los trabajadores de la empresa, una entidad bancaria, que prestan servicios en el ámbito de la CCAA, disfrutaban de un horario reducido en 1 hora respecto del horario habitual de los días 24 y 31 de diciembre y 5 de enero de cada año.

A tal efecto, en las oficinas, se colocaba un cartel anunciador del cierre, adelantando el horario de la salida de los empleados respecto del horario habitual. Este tiempo de trabajo adelantado tenía carácter retribuido y no recuperable. Esta práctica venía avalada por los directores de las oficinas o directores de zona que no tenían competencias en materia de permisos y vacaciones, ya que tal función correspondía a los responsables de recurso humanos.

Tras la entrada en vigor del registro horario (RDL 8/2019), la empresa implementa una herramienta informática multiplataforma sobre registro de jornada y desconexión digital, destinada a dar cumplimiento a aquel deber legal. En la aplicación de la herramienta y en aplicación del convenio de empresa, la empresa señala que el horario de salida durante esas jornadas debe ser el habitual.

La representación de los trabajadores solicita mantener el horario reducido y la empresa, aplicando el acuerdo colectivo de la empresa, deniega la petición alegando el desconocimiento de la situación. Al considerar que se trata de una condición más beneficiosa, la representación de los trabajadores presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare el derecho de los trabajadores a disfrutar de un horario reducido los días 24 y 31 de diciembre y 5 de enero en los términos en que se venía disfrutando históricamente.

La cuestión a debatir consiste en determinar si la existencia de horario reducido los días citados es una consecuencia de la tolerancia empresarial o incluso si se ha producido con el desconocimiento de la empresa, al haber sido consentida por quien no tenía atribuciones para ello, o si por el contrario, nos encontramos ante una práctica empresarial que se ha incorporado al nexo contractual y que por tanto constituye una condición más beneficiosa.

El TSJ señala que el que las relaciones laborales en la empresa se rijan por el convenio colectivo, no impide que exista una práctica empresarial que establezca un régimen de libranzas y permisos, que se haya incorporado al contrato de trabajo como condición más beneficiosa. En el supuesto enjuiciado resulta acreditado que existe la práctica empresarial y que el que la decisión haya sido adoptada por mandos intermedios dentro de empresa de gran tamaño, sin capacidad para tomar ese tipo de decisiones, no impide que esta quede comprometida. Considera que el que dicha práctica se llevara realizando durante más de 20 años, sin ningún tipo de ocultación (incluso poniendo carteles del horario reducido), no considera creíble que los responsables con capacidad de decidir no tuvieran conocimiento, en tan largo periodo de tiempo, de dicha situación.

Acreditada la existencia de condición más beneficiosa, el TSJ considera que esta modificación tiene carácter sustancial produciéndose tras la instauración de la implantación del registro diario de jornada, y de la herramienta informática multiplataforma.

Por tanto, en cuanto se ha producido sin respetar el procedimiento del ET art.41.1 la misma ha de ser declarada nula declarando el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en las mismas condiciones de trabajo que se les venían aplicando antes de la modificación sustancial impugnada.

Se estima la demanda.

## 13. Horas extraordinarias. ¿Cómo se compensan con descanso si el trabajador está en situación de IT?

STSJ Las Palmas 30-12-20

### Resumen

El período de los 4 meses siguientes a la realización de las horas extraordinarias en el que se deben compensar, preferentemente, con tiempo de descanso, no se suspende por el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de IT. No siendo, por tanto, posible el descanso compensatorio, el empresario está obligado a compensarlas mediante el pago en metálico.

### Desarrollo

Una empresa hotelera calcula, a final de año, el exceso de jornada anual de sus empleados para su compensación en tiempo de descanso en los 4 primeros meses del año siguiente. Respecto del jefe de cocina, calcula las horas extra en 142 y, dado que se encuentra en situación de IT, propone que se compensen en los 4 meses siguientes a su alta médica. Disconforme tanto con el cálculo como con la forma de compensación, el trabajador presenta demanda en reclamación de cantidad.

Estimada en primera instancia la demanda, recurre la empresa en suplicación. El TSJ Las Palmas analiza las siguientes cuestiones:

1. Cálculo de las horas extraordinarias El trabajador calcula en 156 las horas extraordinarias realizadas a lo largo del año. La empresa, sin embargo las cifra en 142 horas ya que descuenta, del trabajo efectivo realizado, 4 minutos diarios por ser el tiempo que estima que transcurre desde que el trabajador ficha hasta que llega a su puesto de trabajo y viceversa.

El Tribunal señala que tanto el ET art.34.5 como el convenio colectivo aplicable en la empresa establecen que el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al inicio como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo. Por ello, considera que no es tiempo de trabajo el que transcurre desde que el trabajador ficha hasta que se encuentra en su puesto de trabajo, por lo que la empresa puede descontar el tiempo de desplazamiento entre un punto y otro. No obstante, rechaza el descuento realizado por la empresa dado que realiza un cálculo unilateral del tiempo transcurrido sin aportar ningún dato que lo avale como cierto.

2. Sustitución del descanso compensatorio por una compensación económica. El TSJ Las Palmas rechaza la tesis empresarial de que la suspensión del contrato de trabajo por estar el trabajador en situación de IT conlleva la suspensión del plazo de los 4 meses posteriores a la realización de las horas extraordinarias para disfrutar del descanso compensatorio. Aunque sea la forma de compensación preferente, por no existir pacto a favor de compensación económica, resulta irrealizable en plazo dada la situación de IT del trabajador con la consiguiente suspensión del contrato. Por ello, el empresario está obligado a cumplir de la única manera factible, esto es, mediante el pago en metálico de las horas extras realizadas.

En atención a estas circunstancias, el TSJ Las Palmas desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa y confirma la sentencia de instancia.

## 14. Reclamación del IRPF aplicable a una indemnización neta pactada: ¿qué jurisdicción es la competente?

STSUD 10-3-21

### Resumen

El TS declara que cuando lo que se discute es el derecho del trabajador a percibir el importe neto de la indemnización pactada reducida por el IRPF, al haber sido insuficiente la retención aplicada por la empresa, la jurisdicción competente es la social. Es irrelevante que la relación laboral esté ya extinguida, pues la obligación se ha generado durante su vigencia.

### Desarrollo

El trabajador prestaba servicios para la empresa hasta que, tras producirse una MSCT, insta la extinción de su contrato.

Empresa y trabajador acuerdan en conciliación una indemnización de 420.000 euros netos. Una posterior actuación de comprobación de la AEAT sobre la declaración de IRPF del trabajador, concluye que tras un cambio legislativo con efectos retroactivos producido en la legislación fiscal, la indemnización dejaba de estar exenta de IRPF a partir de los 180.000 euros y establece una deuda a satisfacer por el trabajador de 76.846,66 euros, más 3.149,85 euros por intereses de demora.

El trabajador considera que, al haberse pactado una indemnización neta y no bruta, las cuantías adeudadas por la AEAT deben ser abonadas por la empresa y presenta reclamación de cantidad. El juzgado de lo social desestima la demanda por falta de jurisdicción al considerar que la competencia corresponde la jurisdicción contenciosa. En suplicación se establece que la competencia corresponde a la competencia del orden social y la empresa interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en decidir qué jurisdicción es la competente para reclamar el importe correspondiente al IRPF de la indemnización que inicialmente estaba exenta y que, como consecuencia de un cambio legislativo, está sujeta a IRPF.

Aplicando su doctrina, el TS estima el recurso por las siguientes consideraciones:

1. La procedencia del abono del IRPF es meramente incidental. Lo que se debate en el supuesto enjuiciado no es el tipo de retención o quien debe abonarlo, cuyo conocimiento si corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, si no determinar si el trabajador puede resarcirse del abono del IRPF, no retenido por la empresa, que se había comprometido a abonar una cantidad neta.
2. La doctrina del TS ha determinado que para determinar la competencia hay que estar necesariamente a los estrictos términos en los que se formula el petitum de cada demanda. Por ello, en supuestos que en última instancia de una modificación legislativa fiscal posterior, pero con efectos retroactivos, considera que la competencia corresponde al orden social, ya que el pleito versa sobre la forma y manera en que, voluntaria y unilateralmente, la empresa pretende solventar los errores por ello cometidos en la exacción del impuesto; sin que se analice la procedencia o cuantificación de la carga tributaria (TS 11-1-18, Rec. 491/16, EDJ 4088).



3. Se trata de una cuestión que se promueve entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo (LRJS art. 2.a); LOPJ art. 9.5). No impide su aplicación el que la relación laboral se haya extinguido, ya que lo se pretende es el cumplimiento de una obligación generada durante la vigencia del contrato de trabajo (TS 12-12-19, EDJ 797670).

## 15. La AN reitera que el descuelgue del convenio colectivo puede adoptarse en un ERTE

SAN 18-3-21

### Resumen

La AN vuelve a declarar que la inaplicación del convenio colectivo o descuelgue puede adoptarse dentro de un ERTE. Ambas figuras son compatibles siempre que se haya alcanzado el acuerdo de los sujetos legitimados y se cumplan los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas.

### Desarrollo

Una empresa de seguridad comunica a la representación legal de los trabajadores la intención de iniciar la negociación de un procedimiento de suspensión temporal de los contratos de trabajo por causas productivas relacionadas con el COVID-19. El período de consultas finaliza el 7-5-2020 con acuerdo que incluye, entre las medidas de acompañamiento, un permiso retribuido de un mes para los afectados por el ERTE, recuperable hasta el 31-12-2021.

Uno de los sindicatos presenta demanda ante la AN solicitando que se declare la nulidad del ERTE. Subsidiariamente solicita la nulidad de las medidas sobre permiso retribuido recuperable al considerar que suponen la modificación de lo establecido en el convenio aplicable que han sido incluidas en el acuerdo a través de un procedimiento inadecuado.

Rechazada la solicitud de declaración de nulidad del ERTE, la AN analiza la cuestión relativa al permiso retribuido recuperable.

Coincide con el sindicato demandante en la consideración de que supone la inaplicación del convenio colectivo, pues este regula la compensación de los posibles defectos de jornadas dentro de los dos meses posteriores. No obstante, considera legítimo acometerlo en un procedimiento de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción, siempre que se haya alcanzado acuerdo entre los sujetos legitimados.

Aunque la inclusión, entre las medidas de acompañamiento, de la inaplicación del convenio, está prevista para los despidos colectivos pero no para los ERTES, la legislación vigente no impide dicha negociación simultánea, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos por el legislador para la sustanciación de cada una de estas medidas.

Por otro lado, el hecho de que se produzcan varias medidas simultáneas no supone que sean incompatibles entre sí, sino que puede darse el caso de que sean necesarias todas ellas porque no baste con la adopción de algunas o, incluso, que si alguna resulta finalmente innecesaria, no sea precisamente la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, sino las medidas de atenuación acordadas con carácter extraordinario y como el permiso retribuido recuperable que se regirá por lo pactado en el Acuerdo.

Por todo ello, se desestima la demanda deducida por ser justificada la decisión empresarial.

## **16. Publicada la L 3/2021, resultado de la tramitación parlamentaria del RDL 9/2020 de medidas de protección al empleo**

L 3/2021, BOE 13-4-21

### **Resumen**

Tras su tramitación parlamentaria se eleva a rango de Ley el RDL 9/2020 que introdujo medidas de protección del empleo frente a la crisis ocasionada por la COVID-19 tales como: consideración de servicios esenciales de los servicios sanitarios y socio-sanitarios; prohibición de despedir por causa de fuerza mayor o causas ETOP en los que se ampare un ERTE; o la interrupción del cómputo de duración de los contratos temporales.

### **Desarrollo**

La Ley 3/2021, vigente a partir del 14-4-2021, es el resultado de la tramitación parlamentaria del RDL 9/2020 y reproduce las medidas de protección al empleo durante la emergencia sanitaria ocasionada por la COVID-19 que esta introdujo, entre las que destacan las siguientes:

1. Consideración como servicios esenciales para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, cualquiera que sea su titularidad (pública o privada) o su régimen de gestión (directa o indirecta):
  - Los centros, servicios y establecimientos sanitarios que determine el Ministerio de Sanidad.
  - Los centros, servicios y establecimientos sociales dedicados a la atención de la infancia y la adolescencia, de personas mayores, de personas en situación de dependencia, de personas con discapacidad, de personas con problemas de adicciones o drogodependencias, o de personas en riesgo o situación de exclusión social y a personas sin hogar.

Esta consideración se va a mantener hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

2. Hasta el 31-5-2021, en caso de suspensión del contrato o de reducción de jornada por fuerza mayor o por causas ETOP derivadas de la COVID-19, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:
  - Estas causas no se consideran justificativas de despido o extinción del contrato (L 3/2021 art.2).
  - El tiempo de suspensión de los contratos temporales (incluidos los formativos, los de relevo o de interinidad) interrumpe el cómputo de su duración y de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas (L 3/2021 art.5).
3. Solicitud colectiva por la empresa de las prestaciones por desempleo para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor o causas ETOP motivadas por la COVID-19 (L 3/2021 art.3).

Se sanciona la solicitud de prestaciones de desempleo que contengan falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes, así como la solicitud de medidas en relación al empleo que no resulten necesarias o no tengan conexión suficiente con la causa que las origina (L 3/2021 disp. adic. 2ª).

Por otro lado, se regula la colaboración de la ITSS con el SEPE en la comprobación de las causas alegadas en las solicitudes (L 3/2021 disp. adic. 4ª).

4. Habilitación al Consejo Rector de las sociedades cooperativas para asumir la competencia de aprobar la suspensión total o parcial de la prestación de trabajo de sus socias y socios y emitir la correspondiente certificación para su tramitación, cuando por falta de medios adecuados o suficientes, la Asamblea General no pueda ser convocada para su celebración a través de medios virtuales (L 3/2021 art.4).

## 17. ¿En qué condiciones se debe encontrar el trabajador en situación de guardia localizada?

STS 10-3-21

### Resumen

El TS confirma la sentencia de la AN que declara que quien se encuentre en situación de guardia localizada debe evitar situaciones que le impidan cumplir con los cometidos para los que pueda ser requerido, como puede ser el consumo de alcohol o sustancias estupefacientes si va a conducir vehículos de motor.

## Desarrollo

Mediante acuerdo alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores, se establece la forma de adscripción al servicio de asistencia técnica e intervención en línea de material motor. En él se dispone que para formar parte del equipo es necesario disponer de carnet de conducir vigente, y que la adscripción se realice de forma voluntaria o, en su defecto, de forma obligatoria. Los trabajadores llamados al servicio deben estar en situación de localización para desplazarse en los vehículos de la empresa al lugar al que sean llamados para realizar el servicio y deben encontrarse en condiciones aptas para realizar el servicio.

Entre los llamados de forma obligatoria al servicio se encuentran trabajadores encuadrados en categorías para las que no se exige estar en posesión del carnet de conducir. La representación sindical considera que la empresa carece de facultades organizativas y directivas para obligar a estas categorías a conducir vehículos. Además, considera que la adscripción obligatoria al servicio puede suponer una vulneración del derecho a la intimidad pues estos trabajadores no están obligados a poner en disposición su carnet personal de conducir si no se encuentran en condiciones psicofísicas para conducir, ni tienen obligación de manifestar las razones. Por ello, presenta demanda de conflicto colectivo. La AN desestima la demanda y la representación de la representación de los trabajadores interpone recurso de casación ante el TS.

La cuestión que se debate consiste en determinar si el personal que se integre en los equipos de asistencia técnica e intervención en línea debe estar en posesión del permiso de conducir y en condiciones de hacerlo cuando se encuentre en situación de guardia localizable.

EL TS, aplicando las reglas de interpretación gramatical y literal de los convenios colectivos, considera que la posesión del permiso de conducir se configura como un requisito necesario para poder integrar los equipos, ya sea de forma obligatoria, ya de forma voluntaria, encontrándose entre los cometidos propios de este servicio la conducción de vehículos a motor. Esta interpretación, que no se contradice con ninguna otra, por una parte impide que la empresa designe obligatoriamente a quien le conste que no tiene permiso de conducir; y, por otro, impide al trabajador designado negarse, sin causa justificada, cuando conste que es poseedor del mencionado permiso.

Por ello, el TS concluye que el trabajador que se encuentre en situación de localización debe encontrarse en circunstancias personales adecuadas para poder conducir, en los términos que exige la legislación vigente, y esto no constituye una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador protegida (ET art.18) y, además, supone una manifestación de los deberes de diligencia y buena fe contractual, pues el trabajador debe evitar situaciones que le impidan cumplir con los cometidos propios del servicio que, en el caso analizado, puede conllevar la conducción de vehículos a motor.

Por todo ello, se desestima el recurso y se confirma la sentencia de la AN que declaró que el hecho de que mientras se encuentre en situación de localización el trabajador no pueda consumir alcohol o sustancias estupefacientes, como el hachis o el cannabis, aunque sea de forma moderada, no constituye una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador.

## 18. Declaración de discapacidad por dolencias congénitas: ¿cuál es la fecha de efectos?

STSUD 3-3-21

STSUD 9-2-21

### Resumen

El TS declara que, cuando se trate de dolencias congénitas y la modificación del grado de discapacidad se produce por un cambio legal en el baremo aplicable, los efectos tienen carácter retroactivo y se producen desde que la discapacidad es reconocida inicialmente. Por el contrario, si la modificación de grado se produce por agravamiento, carece de efectos retroactivos y los efectos se producen desde la solicitud.

### Desarrollo

Recientemente, se han dictado dos sentencias del TS que analizan si, en caso existir dolencias congénitas, los efectos de un incremento del grado de discapacidad se producen desde la solicitud o desde el momento en que se reconocía discapacidad sensorial. En el primer supuesto se incrementa el grado de discapacidad como consecuencia de una revisión por agravamiento y en el segundo como consecuencia de un cambio legislativo.

**Supuesto nº 1.** Revisión por agravamiento (TS unificando doctrina 3-3-21, EDJ 512483).

La actora, nacida en 1960 es declarada en situación de minusvalía por el INP el 14-10-1977 como consecuencia de dolencias congénitas (subnormalidad y sordomudez). Como consecuencia estas, el 29-7-1992 se le reconoce una discapacidad del 36%. En 2006, mediante expediente de revisión por agravamiento, se le reconoce una discapacidad del 67% al presentar, además, otras dolencias (tumor benigno de útero). La actora solicita que los efectos de la declaración de discapacidad se retrotraigan al momento inicial en que se reconoció la discapacidad sensorial (14-10-1977) o a la resolución de 29-7-1992, ya que consideraba que las circunstancias determinantes del grado de discapacidad del 36% ya concurrían en esa fecha. Se deniega la solicitud y la actora presenta demanda que es desestimada tanto en la instancia como en suplicación, presentando recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión que se debate consiste en determinar si la discapacidad del 67% reconocida a la demandante, debe retrotraerse a la fecha de su solicitud o, por el contrario, al momento en el que se le reconoció una discapacidad sensorial.

El TS señala que esta cuestión ya ha sido resuelta por la doctrina del TS que interpreta que el reconocimiento de grado de discapacidad se entiende producido desde la fecha de solicitud (TS 1971/1999 art.10) y que la retroactividad tiene carácter excepcional procediendo únicamente cuando se dicten en sustitución de actos anulados que produzcan efectos favorables al interesado y siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (L 30/1992 art.57.3). Es decir, la simple preexistencia de determinadas enfermedades o lesiones no permite afirmar la que exista un grado concreto de discapacidad, pues para ello hubiera sido preciso que esta hubiera sido determinada objetivamente con arreglo a un

procedimiento que permite como máximo la retroacción del reconocimiento de sus efectos a la fecha de la solicitud.

Aplicando esta doctrina, el TS concluye que cuando se solicita la revisión por agravamiento (17-8-2006) de su anterior declaración de discapacidad (29-07-1992), la actora no presenta las mismas patologías que entonces y tampoco las presentaba al producirse la resolución del INP (14-10-1977). Es por ello, que concluye que no concurría el mismo supuesto de hecho entre las circunstancias concurrentes en 1978 o en 1992 y las que causaron su actual declaración de discapacidad, por lo que no cabe activar la eficacia retroactiva excepcional.

Por todo ello, se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado confirmando la sentencia de instancia.

**Supuesto nº 2.** Modificación del baremo (TS unif doctrina 9-2-2021, EDJ 505568).

La actora, nacida en 1960 y obtiene la declaración de minusvalía el 23-1-1979 por sordomudez. En septiembre de 2006 y como consecuencia de la aplicación del nuevo baremo, se revisa el grado de discapacidad inicialmente reconocido fijándolo en el 69% y con efectos desde el 13-2-2006. La actora solicita que los efectos de la declaración de discapacidad se retrotraigan al momento del primer reconocimiento de la discapacidad sensorial (23-1-1979) o alternativamente al de la primera resolución de 29-7-1992. Desestimada la solicitud, presenta demanda que se desestima tanto en la instancia como en suplicación, e interpone recurso de casación para la unificación de doctrina.

La cuestión litigiosa consiste en determinar si el grado de discapacidad puede retrotraerse a la fecha del nacimiento o alternativamente a la de la solicitud inicial, cuando se trata de dolencias congénitas que no se han visto alteradas, pero que alcanzan un grado superior como consecuencia de la alteración normativa del baremo.

El TS interpreta que el reconocimiento de grado de discapacidad se entiende producido desde la fecha de solicitud (RD 1971/1999 art.10) y que la eficacia retroactiva solo procede cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (L 30/1992 art. 57.3).

En el supuesto enjuiciado, el grado de discapacidad de la actora nunca ha sido revisado, pues ello solo procede en los casos de agravación o mejoría y en los de error de diagnóstico. El incremento en el grado de discapacidad se ha producido por la aplicación del nuevo baremos para la valoración de las minusvalías manteniéndose inalteradas las limitaciones. Por lo tanto, el nuevo grado de discapacidad que se reconoce por la resolución de 2006 (69%), solo está actualizando el grado de discapacidad reconocido el 1992 conforme a la vigente normativa, produciendo plenos efectos a partir de la primera solicitud de 1979.

Por todo ello, se estima el recurso y se declara que los efectos retroactivos se producen desde la primera solicitud de 1979.

## 19. 14-4-2021: finaliza el plazo para adaptar el registro retributivo de las empresas

RD 902/2020, BOE 14-10-20

### Resumen

El 14-4-2021 finaliza el plazo para cumplir con la obligación de implementar el registro retributivo establecida por el RD 902/2020. La norma obliga a las empresas a elaborar un registro en el que esté incluida toda su plantilla y que consiste en elaborar un listado con la media por concepto salarial y grupo profesional desglosado entre hombres y mujeres. Además, obliga a las empresas que elaboren planes de igualdad a incluir una auditoría retributiva.

### Desarrollo

El próximo 14-4-2021 entra el vigor el RD 902/2020, que incluye un conjunto de medidas específicas para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación entre mujeres y hombres en materia retributiva. Para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación la norma establece que las empresas y convenios colectivos deben integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva con el objeto de identificar discriminaciones, directas o indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo. Este principio se debe aplicar, al menos, a través de los siguientes instrumentos:

1. Registro retributivo. Debe existir en todas las empresas y ha de incluir los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de toda la plantilla (incluido el personal directiva u los altos cargos) desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo de igual valor. Para ello, se debe establecer la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo o categoría profesional, nivel o puesto. A su vez, esta información debe estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución (salario base, cada uno de los complementos salariales y cada una de las retribuciones extrasalariales).

El registro de las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas presenta las siguientes peculiaridades:

- Debe reflejar, además, las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional.
- Cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de los trabajadores de un sexo sea superior en, al menos, un 25% a las del otro, debe incluir la justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo.

En la elaboración o modificación del registro se debe consultar a la representación legal de los trabajadores con, al menos, 10 días de antelación. El documento en que conste el registro puede tener el formato establecido en la web del MTESS y del Ministerio de Igualdad.

2. Derecho a la información contenida en el registro retributivo a través de la representación legal, o de manera directa por los trabajadores cuando aquella no exista. En este caso, la información que debe facilitar la empresa se limita a las diferencias porcentuales que existan en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres.
3. Auditoría retributiva como parte del plan de igualdad: tiene por objeto proporcionar información suficiente, racional y adecuada sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y prevenir situaciones de riesgo discriminatorio cualquiera que sea su origen.

Tiene la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determina otra inferior en el mismo. Implica las siguientes obligaciones para la empresa:

- Realizar un diagnóstico de la situación retributiva en la empresa mediante la evaluación de los puestos de trabajo y teniendo en cuenta factores desencadenantes de diferencias retributivas y desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño o uso de medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa.
- Establecer un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas con actuaciones concretas, cronograma y personas responsables de su implantación.

Se prevé la elaboración por el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades de una guía técnica con indicaciones para realizar auditorías retributivas con perspectiva de género.

4. Sistema de valoración de puestos de trabajo en el convenio colectivo. Las mesas negociadoras de los convenios colectivos deben asegurarse de que los factores y condiciones que concurren en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad y el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

El procedimiento de valoración de los puestos de trabajo está pendiente de desarrollo a través de una Orden conjunta de los Ministerios de Trabajo e Igualdad que está previsto que se apruebe en los próximos 6 meses.

La norma también obliga a cumplir con el principio de igual retribución por trabajos de igual valor que vincula a todas las empresas, con independencia del número de trabajadores, y a todos los convenios y acuerdos colectivos. Para una correcta valoración de los puestos se deben aplicar los criterios de adecuación (valorando factores relacionados con la actividad), totalidad (teniendo en cuenta todas las condiciones que singularicen el puesto de trabajo) y objetividad (mediante mecanismos que identifiquen los factores tenidos en cuenta en la fijación de la retribución).



## 20. Los afectados por ERTE pueden fraccionar el pago del IRPF

OM HAC/320/2021, BOE 7-4-21

### Resumen

Los trabajadores por cuenta ajena afectados por un ERTE en el año 2020, pueden fraccionar en seis meses el pago de la deuda tributaria consecuencia de la liquidación del IRPF.

### Desarrollo

Los trabajadores por cuenta ajena afectados por un ERTE en el año 2020, cuya declaración del IRPF de ese ejercicio resulte a ingresar por haber percibido rendimientos del trabajo de más de un pagador (empleador y SEPE) sin que le hubieran sido practicadas las retenciones correspondientes, pueden fraccionar en seis meses el pago de la deuda tributaria del IRPF de ese ejercicio. Los contribuyentes que quieran acogerse a este fraccionamiento extraordinario deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Que el solicitante, o cualquiera de los miembros de la unidad familiar en caso de tributación conjunta, haya estado incluido en un ERTE durante el año 2020, habiendo sido receptor en ese ejercicio de las correspondientes prestaciones de desempleo.
2. Que el importe en conjunto de las deudas con la AEAT y por los órganos u organismos de la Hacienda Pública Estatal pendientes de pago, tanto en período voluntario como en ejecutivo, no exceda de 30.000 euros.
3. Presentar la declaración del IRPF dentro del plazo voluntario de autoliquidación e ingreso, sin que pueda fraccionarse el ingreso derivado de autoliquidaciones complementarias presentadas con posterioridad al 30-6-2021, o día inmediato hábil posterior, para el caso de ser inhábil.

El pago de la deuda debe realizarse en seis fracciones, con vencimiento los días 20 de cada mes, debiendo efectuarse el primer pago el día 20-7-2021. No se aplican intereses de demora ni se requiere aportación de garantía.

Si se opta por este fraccionamiento, el contribuyente no podrá acogerse al descrito en el RIRPF art.62.2 -pago del 60% de la deuda tributaria en el momento de presentar la declaración y del 40% restante hasta el 5-11-2021 inclusive – ni tampoco al previsto con carácter general en la LGT art.65 y desarrollado en el RGR art.44 s. –este último con intereses de demora-.

No pueden acogerse al fraccionamiento descrito los contribuyentes acogidos al régimen especial de trabajadores desplazados a territorio español.

## 21. ¿Cómo afecta la subida del IPREM a la prestación de desempleo por ERTE-COVID?

SEPE Instrucción 17-3-2021

### Resumen

El SEPE ha remitido una instrucción a sus direcciones provinciales con el objeto de aclarar si afecta a la cuantía de las prestaciones por desempleo derivadas de ERTE COVID-19 el incremento del importe del IPREM a 1-1-2021.

### Desarrollo

El SEPE ha remitido una Instrucción a sus Direcciones provinciales con el objeto de aclarar si es posible reconocer nuevas prestaciones por desempleo, teniendo en cuenta los nuevos límites máximos y mínimos derivados del incremento del IPREM para 2021, a quienes vuelvan a verse afectados por un ERTE como consecuencia del COVID 19, si durante el año 2020 ya se les reconoció esta misma prestación. Distingue para ello dos situaciones en función de si durante el año 2020 se reconoció o no al trabajador la prestación por desempleo debido a un ERTE por causas COVID (RDL 8/2020 art.25.1 a 5):

1. Trabajadores a los que se reconoció la prestación en 2020 y durante el año 2021 vuelven a encontrarse afectados por un ERTE consecuencia del COVID 19: se les reanuda la prestación como máximo hasta el día 31-5-2021, resultando indiferente si se trata o no de un nuevo ERTE, así como si se trata de ERTEs por distintas causas o por la misma.
2. Trabajadores a los que no se reconoció la prestación en 2020 y que acrediten situación legal de desempleo a partir del día 31-12-2020 así como los demás requisitos para percibirla: se les reconoce un alta inicial en la fecha del año 2021 que corresponda, como máximo hasta el día 31-5-2021. Solo a estos trabajadores les afecta la subida del IPREM a partir del día 1-1-2021 (L 11/2020).

La aplicación de este criterio por las distintas Direcciones Provinciales del SEPE se va a realizar a partir de la fecha de su recepción, sin que proceda la revisión de derechos reconocidos con anterioridad a dicha fecha.

## 22. Cese de actividad. ¿Es causa de acceso el fin del contrato de alquiler del local comercial?

STSJ País Vasco 9-3-21

### Resumen

La finalización del contrato de arrendamiento del local comercial, por sí sola, no permite acceder a la prestación de cese de actividad, pues no supone una causa económica, técnica, productiva u organizativa, ni fuerza mayor que impida continuar con la actividad.

### Desarrollo

Una trabajadora afiliada al RETA solicita prestación por cese de actividad tras la finalización y no renovación del contrato de arrendamiento del local donde desarrollaba su actividad. La MCSS deniega la prestación por no acreditarse la situación legal de cese de actividad. Desestimada la demanda presentada por la trabajadora autónoma en primera instancia, recurre esta en suplicación, alegando que se encuentra en situación legal de cese de actividad por fuerza mayor o por motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos.

Para el TSJ País Vasco, no concurre ninguna de las causas alegadas.

El caso analizado queda fuera de los motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional, puesto que la realidad es que el propietario del local donde la demandante desarrollaba su actividad dio por extinguido el contrato de arrendamiento. Socialmente es comprensible la dificultad para encontrar un nuevo local en régimen de alquiler, de características, precio y ubicación similar al que sirvió de centro de actividad comercial durante 5 años; pero jurídicamente la demandante hubiera debido acreditar que no podía continuar la actividad por falta de local. La dificultad de continuar la actividad en otro local constituye una previsión pero no una causa legal para acceder a la prestación.

Tampoco puede entenderse que concurra fuerza mayor ya que la demandante conocía la fecha de extinción del contrato de arrendamiento del local y la posibilidad de que el propietario se negara a prorrogarlo, por lo que dispuso de tiempo para encontrar otro local, cosa que no hizo.

Por ello el TSJ País Vasco desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia.

**NOTA.** Contra la sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina.

## 23. El derecho a la no discriminación por razón de discapacidad comprende el derecho a ajustes razonables en el puesto de trabajo

STCo 15-3-21

### Resumen

El TCo declara vulnerado el derecho a la igualdad de una persona con síndrome de asperger que es sancionado por la empresa sin tomar en consideración sus circunstancias y su solicitud de ajustes razonables en el puesto de trabajo, incurriendo así en discriminación por razón de discapacidad.

### Desarrollo

Tras detectar incumplimientos de las funciones de un letrado de la administración de justicia, y considerando que se deben a una falta de preparación suficiente o de competencia, actitud y aptitud, el secretario de gobierno del TSJ La Rioja inicia procedimiento de jubilación por incapacidad permanente.

No obstante, el informe del EVI niega que el funcionario esté afectado por lesión o proceso patológico que le imposibilite para las funciones de su puesto de trabajo. Por ello, el secretario de gobierno inicia expediente disciplinario señalando que, si conforme al EVI, el funcionario está totalmente posibilitado para realizar sus funciones, debe ser responsable de las irregularidades detectadas. En la contestación al pliego de cargos el funcionario argumenta que las deficiencias que se le imputan se deben al síndrome de Asperger que sufre, con un 10% de discapacidad, lo que dificulta su desempeño y solicita por ello ajustes razonables en su puesto de trabajo. Finalmente el funcionario fue sancionado con suspensión de empleo y sueldo de un año y un día por la comisión de una falta muy grave.

Contra la sentencia de la AN desestimatoria del recurso contencioso administrativo planteado por el funcionario, recurre este en amparo ante el TCo alegando vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad.

El TCo declara que el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad comprende el derecho a los ajustes razonables, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, que son necesarios para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás. Por ello, cuando una persona solicita ajustes razonables en su empleo por razón de su discapacidad, su petición debe ser considerada desde el momento en que se acredite el alcance de la discapacidad, debiendo ser la respuesta del empleador expresa y debidamente motivada. El incumplimiento de esta obligación por parte del empleador priva de legitimidad a la adopción de medidas disciplinarias motivadas en posibles insuficiencias en el desempeño de sus funciones por incurrir en discriminación.

En atención a estas consideraciones, el TCo estima el recurso de amparo y considera vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de discapacidad del recurrente al no dar respuesta razonable ni suficiente a la petición de ajustes razonables. Por ello declara la nulidad de la resolución sancionadora.





# TOMARIAL

ABOGADOS · ECONOMISTAS · CONSULTORES

## VALENCIA

Avenida de Aragón 30 (Edificio Europa) · Planta 1ª · 46021 Valencia

## MADRID

Calle de Alfonso XII, 62 (Edificio Spaces Retiro) · Planta 2ª · 28014 Madrid

## BARCELONA

Calle Tuset, 32, 4, 3 · 08006 Barcelona

Tel. +34 96 339 47 53 · Fax + 34 96 369 39 81

tomarial@tomarial.com · www.tomarial.com

